

Erste Juristische Staatsprüfung 2020/1

A u f g a b e 3

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

---

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine "Musterlösung" dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

§ 16 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

## **Frage 1: Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag**

Das Arbeitsverhältnis zwischen Anton (A) und Norbert (N) wurde durch den Aufhebungsvertrag vom 31. Oktober 2019 beendet, wenn dieser wirksam abgeschlossen wurde und N sich von ihm nicht nachträglich lösen kann.

### **1. Formwirksamer Abschluss des Aufhebungsvertrags**

Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, dass die Parteien eines Arbeitsverhältnisses dieses jederzeit einvernehmlich durch Vertrag beenden können, § 311 Abs. 1 BGB<sup>1</sup>.

Der Abschluss des Aufhebungsvertrags erfordert zwei übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB). A und N haben sich bereits im Personalbüro über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geeinigt. Da dies aber zunächst nur mündlich erfolgte, erfüllte die Einigung nicht die nach § 623 BGB i.V.m. § 126 Abs. 1 und 2 BGB erforderliche Schriftform und war zunächst unwirksam, § 125 Satz 1 BGB. N hat das schriftliche Angebot des A dann jedoch durch Unterzeichnung des Vertragsentwurfs im Biergarten formgerecht angenommen; insbesondere liegt hier angesichts des engen zeitlichen Zusammenhangs und des Umstands, dass A dem N in den Biergarten nachgekommen ist, kein Fall der verspäteten Annahme i.S.v. §§ 147 Abs. 1 Satz 1, 150 Abs. 1 BGB vor. Der Aufhebungsvertrag ist damit formwirksam zustande gekommen.

### **2. Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB**

Fraglich ist, ob die Vereinbarung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des N unwirksam ist.

Da dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, dass der Aufhebungsvertrag für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert war (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), käme eine Inhaltskontrolle gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nur dann in Betracht, wenn der Aufhebungsvertrag einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbrauchervertrag) darstellen würde. Allerdings kann diese Frage hier noch offen bleiben<sup>2</sup>, da eine Inhaltskontrolle der im Aufhebungsvertrag enthaltenen Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in jedem Fall wegen § 307 Abs. 3 BGB ausscheidet. Nach dieser Vorschrift sind nur solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 Abs. 1 Satz 1, 308 f. BGB zugänglich, die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Formulärmäßige Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung sind aus Gründen der Vertragsfreiheit regelmäßig von der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgenommen. Ist die Beendigungsvereinbarung - wie hier - ein selbständiges Rechtsgeschäft, bei dem die Hauptleistung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist, kann sie als solche daher keiner Inhaltskontrolle unterzogen werden<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. Herresthal/Thume, Arbeitsrecht, 2013, Rn. G 134; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2019, Rn. 425.

<sup>2</sup> Ebenso vertretbar ist es, die Frage bereits hier zu diskutieren und bei der anschließenden Prüfung eines Widerrufsrechts gemäß §§ 312b, 312g, 355 BGB (s.u. 3.) hierauf zu verweisen.

<sup>3</sup> BAGE 109, 22; 154, 178; Herresthal/Thume, Rn. G 145; Junker, Rn. 430.

***Hinweis:*** Nicht von der Inhaltskontrolle ausgenommen ist zwar die im Aufhebungsvertrag enthaltene Abgeltungsklausel, die als Nebenabrede nicht in einem Synallagma zur vereinbarten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses steht<sup>4</sup>. Eine derartige Abgeltungsklausel wird aber, sofern sie - wie hier - Ansprüche beider Parteien erfasst und nicht einseitig nur Ansprüche des Arbeitnehmers, allgemein als zulässig angesehen<sup>5</sup>. Eine Nichtigkeit der Klausel kann hier auch nicht auf § 3 Satz 1 MiLoG gestützt werden, da mit dem gesetzlichen Mindestlohn verbundene Rechtsprobleme nach dem Bearbeitervermerk nicht zu erörtern sind und zudem vorliegend keine Entgeltansprüche des N mehr offen waren mit Ausnahme derjenigen für Oktober 2019, welche ausdrücklich von der Klausel ausgenommen sind. Somit kann sich eine Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags auch nicht über § 139 BGB als Folge einer Unwirksamkeit der Abgeltungsklausel ergeben. Ausführungen hierzu erscheinen daher nicht zwingend erforderlich, können jedoch positiv gewertet werden.

***Im Übrigen wäre jedenfalls eine Transparenzkontrolle der Aufhebungsvereinbarung zulässig, vgl. § 307 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 Satz 2, Satz 1 BGB. Allerdings lassen sich dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Transparenzgebot entnehmen.***

### **3. Widerruf des Aufhebungsvertrags**

Der Aufhebungsvertrag könnte durch N gemäß §§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam widerrufen worden sein.

a) N hat gegenüber A ausdrücklich erklärt, er "widerrufe" den Aufhebungsvertrag und "lasse diesen nicht mehr gegen sich gelten". Damit liegt eine ausdrückliche Widerrufs-erklärung nach § 355 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BGB vor. § 355 Abs. 1 Satz 3 BGB ist genügt, da eindeutig ist, dass N den Vertrag nicht mehr gelten lassen will.

b) Der Widerruf nach §§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 Satz 1 BGB kann formlos erklärt werden<sup>6</sup>, so dass die Erklärung mittels E-Mail ausreichend war.

c) Die Widerrufsfrist gemäß § 355 Abs. 2 BGB ist gewahrt.

d) Fraglich ist, ob N ein Widerrufsrecht nach §§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 312g Abs. 1 BGB zusteht.

aa) Nach § 312 Abs. 1 BGB sind die Vorschriften der §§ 312 ff. BGB nur auf Verbraucherverträge im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB anzuwenden, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Ob ein arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag hierunter fällt, ist fraglich.

(1) Bei dem Aufhebungsvertrag müsste es sich zunächst um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB handeln.

A ist unproblematisch Unternehmer i.S.v. § 14 BGB.

---

<sup>4</sup> BAGE 154, 178; Erfurter Kommentar/Preis, 19. Aufl. 2019, § 611a Rn. 406; Herresthal/Thume, Rn. G 145; Junker, Rn. 430.

<sup>5</sup> Erfurter Kommentar/Preis, § 611a Rn. 406 m.w.N.

<sup>6</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl. 2018, § 355 Rn. 6.

Mit der Rechtsprechung des BAG und der heute ganz h.M. ist ein Arbeitnehmer beim Abschluss einer arbeitsrechtlichen Vereinbarung als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB anzusehen. Der Wortlaut des § 13 BGB ("jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können"), erfasst auch Arbeitnehmer. Ein konsumtiver Zweck, wie er für Kauf- oder Darlehensverträge typisch ist, wird von dieser Definition nicht verlangt; der Gesetzgeber hat sich insoweit vom allgemeinen Sprachgebrauch gelöst und eine eigenständige Begriffsbestimmung gewählt. Auch aus der systematischen Stellung im Allgemeinen Teil des BGB ergibt sich, dass § 13 BGB auf alle Arten von Rechtsgeschäften Anwendung findet. Schließlich unterstellt § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB Einzelarbeitsverträge ausdrücklich dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und nimmt hierbei Verbraucherverträge gemäß § 310 Abs. 3 BGB, anders als z.B. § 305 Abs. 2 und 3 BGB, nicht aus.

Der Aufhebungsvertrag stellt somit grundsätzlich einen Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB dar<sup>7</sup>.

**Hinweis: Die gegenteilige Auffassung ist mit entsprechender Argumentation<sup>8</sup> ebenso vertretbar. In diesem Fall muss die Prüfung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen hilfsgutachtlich erfolgen.**

(2) Allerdings ist unklar, ob es sich bei einem arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag um einen Vertrag handelt, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers<sup>9</sup> zum Gegenstand hat. Hiergegen spricht, dass bei einem Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht der Arbeitgeber/Unternehmer, sondern der Arbeitnehmer/Verbraucher die zu entgeltende Leistung erbringt<sup>10</sup>. Nicht überzeugend erscheint es auch, für die Frage der Entgeltlichkeit darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber sich im Aufhebungsvertrag zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet. Zum einen könnte eine solche Abfindungszahlung wiederum allenfalls als Entgelt für den Abschluss des Aufhebungsvertrags durch den Arbeitnehmer angesehen werden. § 312 Abs. 1 BGB stellt aber nicht auf eine entgeltliche Leistungserbringung durch den Verbraucher ab, sondern setzt eine Leistungserbringung durch den Unternehmer voraus, die der Verbraucher zu entgelten hat. Zum anderen würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn ein Aufhebungsvertrag, der dem Arbeitnehmer eine Abfindungszahlung gewährt, widerrufen werden könnte, ein Aufhebungsvertrag, der eine solche Zahlung nicht vorsieht, dagegen nicht.<sup>11</sup>

**Hinweis: Die gegenteilige Auffassung ist mit entsprechender Argumentation ebenso vertretbar; so könnte etwa argumentiert werden, dass der Abschluss des Aufhebungsvertrags als Leistung des Arbeitgebers zu verstehen sei, die durch den Verzicht des Arbeitnehmers auf zukünftige Verdienstmöglichkeiten "entgolten" werde<sup>12</sup>.**

---

<sup>7</sup> BAGE 115, 19; 153, 1; 154, 178; BAG, NZA 2019, 688; Herresthal/Thume, Rn. G 148; Junker, Rn. 78, 430; Palandt/Grüneberg, § 310 Rn. 11.

<sup>8</sup> Zu den gegen die h.M. vorgebrachten Argumenten vgl. etwa Staudinger/Fritzsche, BGB, 2018, § 13 Rn. 53; Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2016, § 611 Rn. 131.

<sup>9</sup> Fälle umgekehrter Leistungsrichtung sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter §§ 312 ff. BGB fallen, vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 45; im Einzelnen jedoch strittig, vgl. BeckOK BGB/Martens, Stand: 01.08.2019, § 312 Rn. 11; MüKo-BGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, § 312 Rn. 28 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> BeckOK BGB/Martens, § 312 Rn. 13.

<sup>11</sup> BAG, NZA 2019, 688, juris-Rn. 17; Junker, Rn. 428; nach Fischinger/Werthmüller, NZA 2016, 193, sei dies angesichts des Gesetzeswortlauts allerdings hinzunehmen.

<sup>12</sup> BAG, NZA 2019, 688, juris-Rn. 17 m.w.N.; in diese Richtung auch Herresthal/Thume, Rn. G 150.

(3) Jedenfalls spricht der systematische Zusammenhang des § 312 Abs. 1 BGB mit den übrigen Vorschriften der Kapitel 1 und 2 des Untertitels 2 entscheidend dafür, dass arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht dem Anwendungsbereich dieser Regelungen unterfallen. Zwar bezieht sich die neu gefasste Überschrift des Untertitels 2 einschränkungslos auf Verbraucherverträge und nicht nur auf besondere Vertriebsformen. Die Regelungen in Kapitel 2, deren Anwendbarkeit § 312 Abs. 1 BGB bestimmt, enthalten aber weit überwiegend Vorgaben, die keinen inhaltlichen Bezug zu arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen aufweisen. Die hier enthaltenen Vorschriften zielen vielmehr erkennbar auf den Abschluss von Verträgen, die auf den zukünftigen Austausch vergütungspflichtiger Leistungen gerichtet sind. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Gesetzgeber in § 312 Abs. 2 bis 6 BGB oder in § 312g Abs. 2 BGB keine Ausnahme für das Arbeitsrecht vorgesehen hat; einer solchen Ausnahme bedurfte es nicht, weil Arbeitsverträge von vornherein nicht in den von § 312 Abs. 1 BGB eröffneten Anwendungsbereich fallen<sup>13</sup>.

***Hinweis: Die gegenteilige Auffassung ist mit entsprechender Argumentation<sup>14</sup> ebenso vertretbar. Hierbei sollte allerdings nicht unreflektiert auf die frühere Rechtsprechung des BAG zum Widerruf von Aufhebungsverträgen aus dem Jahr 2003<sup>15</sup> abgestellt werden, die in Lehrbüchern (älterer Auflage) teilweise ausführlich wiedergegeben ist, da die gesetzlichen Normen mit dem VerbrRRL-UG einschneidende Änderungen erfahren haben und die seinerzeit entschiedenen Sachverhalte genau "umgekehrt herum" lagen. Damals ging es um die Frage, ob ein im Personalbüro abgeschlossener Aufhebungsvertrag widerrufen werden konnte, nachdem die frühere Regelung des § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB Verträge sanktionierte, die "am Arbeitsplatz" des Verbrauchers geschlossen wurden. Das BAG hatte dies verneint, da der Normzweck der Regelung nicht passe; das Personalbüro sei der typische Ort, an dem einschlägige Abreden getroffen würden, weshalb der Arbeitnehmer nicht schutzwürdig sei.***

bb) Deshalb kann dahinstehen, ob vorliegend ein Fall des § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB überhaupt gegeben ist. Dagegen könnte sprechen, dass der Vertrag in den Geschäftsräumen des A schon weitgehend vorbereitet und im Biergarten nur noch unterschrieben wurde. Er könnte daher im Wesentlichen gerade nicht "außerhalb" des Geschäftsraums des A abgeschlossen worden sein. Für Fernabsatzgeschäfte i.S.v. § 312c BGB gilt etwa, dass die Voraussetzungen eines Fernabsatzgeschäfts nicht vorliegen, wenn ein Vertrag im Ladengeschäft des Unternehmers vorbereitet und vom Kunden dann durch Telefonanruf von zu Hause aus bestätigt wird<sup>16</sup>. Allerdings wird in § 312b BGB anders als in § 312 Abs. 1 Nr. 1 a.F. gerade nicht mehr auf das "Bestimmen zum Vertragsschluss", also die Vertragsanbahnung, abgestellt, sondern auf den Vertragsschluss an sich.<sup>17</sup> Danach soll § 312b Abs. 1 BGB ganz allgemein vor der Abgabe bindender Erklärungen außerhalb des Geschäftsbetriebs des Unternehmens schützen. Der Vertragsschluss erfolgte hier mit der Unterzeichnung des N erst im Biergarten, also außerhalb der Geschäftsräume des A. Zwar könnte man anführen, dass N und A bereits zuvor mündlich zu einer Einigung gekommen sind. Allerdings würde dadurch der Schutzzweck der Formvorschrift des § 623 BGB konterkariert, der vor voreiligen, im Eifer des Gefechts mündlich ausgesprochenen

<sup>13</sup> BAG, NZA 2019, 688; ähnlich MüKo-BGB/Wendehorst, § 312 Rn. 16.

<sup>14</sup> Überblick über Gegenargumente bei Fischinger/Werthmüller, NZA 2016, 193.

<sup>15</sup> BAGE 109, 22; BAG, BB 2004, 1858.

<sup>16</sup> Siehe dazu Palandt/Grüneberg, § 312c Rn. 4.

<sup>17</sup> Vgl. BeckOGK/Busch, BGB, § 312b Rn. 6; MüKo-BGB/Wendehorst, § 312b Rn. 35.

Beendigungstatbeständen schützen soll.<sup>18</sup> Entscheidend ist danach, wo die zum wirksamen Vertragsschluss führenden Willenserklärungen ausgetauscht wurden. Dies geschah im Biergarten. Da jedoch bereits der Anwendungsbereich des Verbraucherwiderrufsrechts nicht gegeben ist, kommt es hierauf nicht mehr an.

**Hinweis: Die gegenteilige Auffassung ist mit entsprechender Argumentation ebenso vertretbar.**

e) Nach der hier vertretenen Auffassung konnte N den Aufhebungsvertrag nicht nach §§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 Satz 1 BGB widerrufen.

**Hinweis: Sofern Bearbeiter mit entsprechender Argumentation (vgl. hierzu die Hinweise unter 3. d) ) zu dem Ergebnis kommen, dass der Aufhebungsvertrag wirksam widerrufen wurde, muss die Problematik der Anfechtung hilfsgutachtlich oder vor Prüfung des Widerrufsrechts diskutiert werden, da diese im Sachverhalt offensichtlich angelegt ist.<sup>19</sup>**

#### **4. Anfechtung des Aufhebungsvertrags**

Der Aufhebungsvertrag könnte jedoch nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn N ihn wegen widerrechtlicher Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB) wirksam angefochten hat.

a) Eine Auslegung der Erklärung des N nach §§ 133, 157 BGB ergibt, dass N jede in Betracht kommende Möglichkeit verfolgen will, mit der sich der Aufhebungsvertrag beseitigen lässt. Die Erklärung des N vom 4. November 2019 könnte auch als Anfechtungserklärung gemäß § 143 Abs. 1 BGB verstanden werden. Insbesondere war die ausdrückliche Verwendung des Wortes "Anfechtung" nicht erforderlich, es reicht aus, dass N zum Ausdruck gebracht hat, dass er den Aufhebungsvertrag (auch) deswegen nicht mehr gegen sich gelten lassen wolle, weil er "unter Druck gesetzt" und hierdurch zum Vertragsschluss gebracht worden sei<sup>20</sup>. Auch die Anfechtungserklärung bedarf keiner Form<sup>21</sup> und war somit per E-Mail möglich. Eine Anfechtungserklärung nach § 143 Abs. 1 BGB liegt daher vor.

b) Die Anfechtungsfrist gemäß § 124 Abs. 1 BGB wäre unproblematisch gewahrt.

c) Der Anfechtungsgrund der widerrechtlichen Drohung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass N zur Annahme des von A unterbreiteten Angebots auf Abschluss des Aufhebungsvertrags widerrechtlich durch Drohung bestimmt wurde.

aa) Eine Drohung ist die Ankündigung eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben vorgibt<sup>22</sup>. Die Ankündigung des A, er werde das

---

<sup>18</sup> MüKo-BGB/Henssler, § 623 Rn. 2.

<sup>19</sup> Nach der Lehre von den "Doppelwirkungen im Recht" ist auch ein nichtiges Rechtsgeschäft anfechtbar, sodass bereits deshalb eine gutachterliche Prüfung der Anfechtung erfolgen muss. Einzelheiten und dogmatische Grundlagen sind hier jedoch streitig, vgl. Würdinger, JuS 2011, 769; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 344.

<sup>20</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 143 Rn. 3 m.w.N.

<sup>21</sup> Palandt/Ellenberger, § 143 Rn. 2.

<sup>22</sup> BAGE 109, 22; Junker, Rn. 429; Palandt/Ellenberger, § 123 Rn. 15 f.

Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen, wenn N den Aufhebungsvertrag nicht unterzeichne, stellt eine solche Drohung dar<sup>23</sup>.

bb) Die Widerrechtlichkeit der Drohung kann sich aus der Inadäquanz von Mittel und Zweck ergeben. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist die Drohung mit einer Kündigung widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte. Es ist hier somit inzident zu prüfen, ob eine von A am 31. Oktober 2019 ausgesprochene außerordentliche Kündigung wirksam gewesen wäre, wobei der Prüfungsmaßstab im Vergleich zur Prüfung der Wirksamkeit einer tatsächlich ausgebrachten Kündigung etwas abgesenkt ist. A hätte die Kündigung nur dann nicht in Aussicht stellen dürfen, wenn er unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen musste, dass sie im Falle ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten würde<sup>24</sup>. Es erfolgt hier somit nur eine "Vertretbarkeitsprüfung" der Kündigung<sup>25</sup>.

Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 626 BGB) wäre dann als unvertretbar anzusehen gewesen, wenn entweder am 31. Oktober 2019 die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB bereits verstrichen war oder das Verhalten des N keinen ausreichenden Kündigungsgrund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darstellen würde.

(1) Fraglich ist daher zunächst, ob die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB im Zeitpunkt des Ausspruchs der Drohung bereits verstrichen war.

**Hinweis: Die Kündigungserklärungsfrist kann auch erst im Anschluss an die nachstehend aufgeführten materiellen Erwägungen geprüft werden.**

Zwar ereignete sich der für die Kündigung ausschlaggebende Vorfall bereits am 4. Oktober 2019. Indes läuft die Zweiwochenfrist erst dann, wenn die Person, der das Recht zur Kündigung zusteht, von den kündigungsrelevanten Tatsachen Kenntnis erlangt. Kündigungsberechtigter ist hier alleine A. Dagegen war E nur zur Erteilung von Weisungen i.S.v. § 106 GewO, nicht aber nach §§ 164 ff. BGB zur Abgabe von Willenserklärungen und damit auch nicht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt. Eine Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB scheidet daher aus.

Allerdings kann dem Arbeitgeber die Kenntnis eines Dritten, insbesondere eines Vorgesetzten des betreffenden Arbeitnehmers, zuzurechnen sein, wenn dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen erwarten lässt, dass er den Kündigungsberechtigten zeitnah über etwaige kündigungsrechtlich relevante Sachverhalte unterrichtet. Er muss daher eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb haben und über die rechtliche Kompetenz verfügen, Sachverhalte hinreichend aufzuklären<sup>26</sup>. Das trifft auf E nicht zu, da dieser lediglich gleichsam wie ein "Vorarbeiter" das arbeitgeberseitige Direktionsrecht (§ 611a Abs. 1 BGB, § 106 GewO) ausüben sollte. Im Übrigen müsste noch hinzukommen, dass die verspätet erlangte Kenntnis des Kündigungsberechtigten auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs beruht<sup>27</sup>. A war aber lediglich einige Zeit im Urlaub und ihm konnte nicht zugemutet werden, Vorsorge dafür

---

<sup>23</sup> BAGE 109, 22; Junker, Rn. 429; Tillmanns, Klausurenkurs im Arbeitsrecht I, 2015, S. 77.

<sup>24</sup> BAGE 109, 22; Herresthal/Thume, Rn. G 161; Junker, Rn. 429; Tillmanns, S. 77.

<sup>25</sup> Herresthal/Thume, Rn. G 161.

<sup>26</sup> BAG, NZA 1994, 1086 m.w.N.; Herresthal/Thume, Rn. G 109.

<sup>27</sup> BAG, NZA 1994, 1086 m.w.N.; Herresthal/Thume, Rn. G 109.

zu treffen, dass er auch während seines Urlaubs, noch dazu einer Fernreise, laufend und vollständig über Vorfälle im Betrieb unterrichtet wird. Ebenso war ihm angesichts der geringen Größe seines Betriebs (16 Vollzeitmitarbeiter) nicht zumutbar, für die Zeit seiner urlaubsbedingten Abwesenheit auch die Zuständigkeit für Personalfragen auf einen seiner Mitarbeiter zu übertragen, da es hierbei um grundlegende und weitreichende unternehmerische Entscheidungen gehen kann.

Die Frist begann daher erst am 31. Oktober 2019 zu laufen und endete mithin am 14. November 2019 (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Drohung war die Kündigungserklärungsfrist daher noch nicht abgelaufen.

***Hinweis: Wer dagegen - was mit entsprechender Argumentation ebenso gut vertretbar ist - auf die Kenntnis des E am 4. Oktober 2019 abstellt (letzter Zugangszeitpunkt wäre dann der 18. Oktober 2019 gewesen), müsste die Kündigung als verfristet ansehen und die Frage eines wichtigen Grundes hilfsgutachtlich prüfen, wobei dies auch bei Frage 2 geschehen kann.***

(2) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB konnte eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen, wenn das Verhalten des N "an sich" als wichtiger Grund geeignet war und wenn A unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden konnte.

(a) Unpünktlichkeiten des Arbeitnehmers sind an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, dies aber nur, wenn sie wiederholt begangen werden, der Arbeitnehmer deshalb bereits zumindest einmal abgemahnt wurde (§ 314 Abs. 2 Satz 1 BGB) und sie den Grad einer beharrlichen Arbeitsverweigerung erreichen<sup>28</sup>. Im Sachverhalt fehlt es an allen drei Voraussetzungen. Auch wenn N hier nicht nur ein paar Minuten verspätet zur Arbeit erschienen ist, sondern erst eineinhalb Stunden nach Arbeitsbeginn, handelte es sich um den bislang ersten und einzigen Fall von Unpünktlichkeit, so dass die Kündigung hierauf nicht gestützt werden konnte.

Auch eine Verweigerung der Arbeitsleistung kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Dazu bedarf es indes eines beharrlichen Vertragsbruchs<sup>29</sup>. Zwar hat N hier immer wieder Pausen eingelegt und so langsam gearbeitet, dass auch auf dringend benötigten Parkplätzen des Marktes leere Einkaufswagen herumstanden, die an den Sammelstellen fehlten, weswegen seine Arbeitsleistung für die M an diesem Tag nur von sehr begrenztem Wert war. Gleichwohl hat N seine Pflichten bislang nur an diesem einen Tag vernachlässigt und seine Arbeit auch nicht komplett eingestellt.

Allerdings können grobe Beleidigungen und Bedrohungen des Arbeitgebers oder - wie hier - eines Vertragspartners bzw. Kunden des Arbeitgebers einen wichtigen Grund darstellen, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt<sup>30</sup>. Die Bezeichnung des P als "Arschloch" und "blöder Sack" ist als eine solche grobe Beleidigung anzusehen. N kann sich mit Blick auf seinen Wutausbruch auch nicht auf sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen (mittelbare Drittwirkung der

---

<sup>28</sup> BAGE 58, 37; BAG, NZA 1997, 761; Erfurter Kommentar/Niemann, § 626 Rn. 144.

<sup>29</sup> BAG, NZA 1995, 65; NZA 2014, 533; Erfurter Kommentar/Niemann, § 626 Rn. 69 f.

<sup>30</sup> BAGE 138, 312; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.04.2010, 4 Sa 474/09; LAG Düsseldorf, Urt. v. 16.07.2003, 12 Sa 690/03; Urt. v. 08.06.2017, 11 Sa 823/16; Erfurter Kommentar/Niemann, § 626 Rn. 86.

Grundrechte im Arbeitsverhältnis). Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt zwar nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen, sondern auch Kritik, die pointiert, polemisch oder überspitzt erfolgt. Die im Sachverhalt geschilderten Kraftausdrücke sind jedoch reine Formalbeleidigungen. Eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des N und dem Persönlichkeitsrecht des P ist daher nicht notwendig<sup>31</sup>. Erst recht deckt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht die Androhung einer Tötlichkeit gegenüber P ("sonst bekommst du eins auf die Mütze"), welche den Straftatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllt.

(b) Was die auf der zweiten Stufe erforderliche Interessenabwägung betrifft, spricht zwar für N, dass er seit immerhin neun Jahren bei A beschäftigt ist und das Arbeitsverhältnis bislang immer störungsfrei verlief. Weiter ist zu Gunsten des N zu berücksichtigen, dass es sich bei ihm um eine ungelernte Kraft handelt und er einfache, kraftraubende Arbeiten unter ungünstigen Bedingungen (Parkplatz) erbringen musste. Ihm können daher keine besonders filigranen Ausdrucksformen abverlangt werden.

Umgekehrt ist jedoch in Anschlag zu bringen, dass N eine ganz erhebliche Beleidigung begangen hat. Zudem hat N dem P sogar Schläge angedroht, als dieser die von ihm zu erbringende Arbeitsleistung eingefordert hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Beleidigung/Bedrohung von Kunden in der Regel noch schwerer wiegt als eine solche des Arbeitgebers, weil der Arbeitgeber, wie der Fall gerade zeigt, in der Folge um den Verlust von Aufträgen fürchten muss<sup>32</sup> bzw. bei einem wegen der Beleidigung/Bedrohung vom Kunden gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochenen Hausverbot diesen nicht mehr beim Kunden einsetzen kann<sup>33</sup>. Die Interessenabwägung fällt daher vorliegend zugunsten der Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung aus. Insbesondere musste angesichts der Schwere der in der groben Beleidigung und Bedrohung des Kunden P liegenden Vertragsverletzung vor Ausspruch einer Kündigung auch keine Abmahnung erfolgen<sup>34</sup>.

Im Ergebnis durfte A somit davon ausgehen, dass die angedrohte außerordentliche Kündigung einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung standhalten würde.

**Hinweis: Die gegenteilige Auffassung ist mit entsprechender Argumentation ebenso vertretbar.**

Die Androhung der Kündigung war daher nicht widerrechtlich, so dass der Aufhebungsvertrag von N nicht nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB angefochten werden konnte.

## **5. Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandels**

Zu prüfen ist schließlich, ob der Aufhebungsvertrag deswegen unwirksam ist, weil A den N unter Androhung der Kündigung zu einer sofortigen Unterzeichnung gedrängt hat, ohne ihm Bedenkzeit einzuräumen, die für und gegen die Unterzeichnung sprechenden Gesichtspunkte in Ruhe abzuwägen; hierdurch könnte A das Gebot fairen Verhandels missachtet haben.

---

<sup>31</sup> BVerfGE 93, 266.

<sup>32</sup> LAG Hamm, Urt. v. 26.05.2006, 8 (19) Sa 195/06; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.04.2010, 4 Sa 474/09.

<sup>33</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 01.02.2018, 5 Sa 357/17.

<sup>34</sup> Vgl. BAG, DB 2003, 1797; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.04.2010, 4 Sa 474/09; Erfurter Kommentar/Niemann, § 626 Rn. 29c, 29e.

Bei dem Gebot fairen Verhandeln handelt es sich nach der Rechtsprechung des BAG um eine durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründete Nebenpflicht i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB. Es schützt die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners. Das Gebot fairen Verhandeln wird missachtet, wenn eine Verhandlungssituation herbeigeführt oder ausgenutzt wird, welche die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners in zu missbilligender Weise beeinflusst, d.h. wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und überlegte Entscheidung erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht. Dies kann durch die Schaffung besonders unangenehmer Rahmenbedingungen, die Ausnutzung einer erkennbaren körperlichen oder psychischen Schwäche oder unzureichender Sprachkenntnisse oder auch durch eine Nutzung des Überraschungsmoments zur Überrumpelung des Vertragspartners geschehen. Ein schuldhafter Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln führt im Regelfall zu einem Entfallen der Rechtswirkungen des Aufhebungsvertrags<sup>35</sup>.

Vorliegend fehlt es an einem Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln. Anhaltspunkte für das Ausnutzen einer Schwäche des N durch A liegen nicht vor. Dass A dem N keine Bedenkzeit eingeräumt hat, reicht nicht aus, um eine zu missbilligende Überrumpelung anzunehmen.<sup>36</sup> Auch der Umstand, dass A dem N in den auf der gegenüberliegenden Straßenseite liegenden Biergarten gefolgt ist und ihm dort den Vertragsentwurf nochmals vorgelegt hat, genügt nicht, um eine Überrumpelung anzunehmen, die die Entscheidungsfreiheit des N in zu missbilligender Weise negativ beeinflusst. Das Recht der Arbeitsvertragsparteien, das Arbeitsverhältnis einverständlich zu beenden, ist Teil der grundrechtlich geschützten Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht. Es obliegt der freien Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er einen ihm vorgelegten Aufhebungsvertrag unterzeichnet oder nicht. Ihm in Fällen, in denen er sich ohne besondere, in zu missbilligender Weise auf die Entscheidungsfreiheit einwirkende Umstände auf eine sofortige Unterzeichnung eingelassen hat, die Möglichkeit zu geben, sich der grundsätzlichen Bindung eines wirksam geschlossenen Vertrags zu entziehen, würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, ihm ein vom Gesetzgeber nicht vorgesehenes Rücktritts- oder Widerrufsrecht zu gewähren<sup>37</sup>.

***Hinweis: Die gegenteilige Auffassung erscheint allenfalls mit guter Argumentation vertretbar.***

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Aufhebungsvertrag somit wirksam und hat das Arbeitsverhältnis zwischen A und N beendet.

## **Frage 2: Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung**

### **1. Form der Kündigung**

Die Kündigung wurde formgerecht (§§ 623, 126 Abs. 1 BGB) erklärt.

---

<sup>35</sup> BAG, NZA 2019, 688; zustimmend Bachmann/Ponßen, NJW 2019, 1969; ablehnend Holler, NJW 2019, 2206.

<sup>36</sup> BAG NZA 2019, 688.

<sup>37</sup> Vgl. BAG, NZA 1994, 209; NZA 1996, 811; NZA 2019, 688; Herresthal/Thume, Rn. G 164.

## 2. Materielle Wirksamkeit der Kündigung

a) Die Kündigung wird nicht nach §§ 4, 7, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG als wirksam fingiert, da N schon am Tag ihres Zugangs und mithin lange vor Ablauf der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG gegen sie Klage beim zuständigen Arbeitsgericht erhoben hat.

b) Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung ist wirksam; insoweit kann auf die Ausführungen zu Frage 1 unter 4. c) bb) verwiesen werden.

c) Ordentliche Kündigung

***Hinweis: Wer mit der hier vertretenen Auffassung die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bejaht, muss die Wirksamkeit der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung zumindest hilfsgutachtlich prüfen.***

aa) Die ordentliche Kündigung unterläge einer Beurteilung nach dem KSchG. Das Arbeitsverhältnis des N besteht länger als sechs Monate (§ 1 Abs. 1 KSchG) und A beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer (§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG).

bb) Die Kündigung wäre nach § 1 Abs. 1 KSchG nur wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Vorliegend ergäbe sich eine Rechtfertigung durch verhaltensbedingte Gründe i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Insoweit gelten die bei Frage 1 unter 4. c) bb) (2) gemachten Ausführungen entsprechend, wobei die Anforderungen an die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung geringer liegen, als die, die an eine außerordentliche Kündigung zu stellen sind.

cc) Die Kündigungsfrist betrüge nach § 622 Abs. 2 Nr. 3 BGB drei Monate zum Ende eines Kalendermonats und würde daher am 29. Februar 2020 enden.

## 3. Ergebnis

Die Kündigung vom 6. November 2019 ist bereits als außerordentliche Kündigung wirksam, sodass das Arbeitsverhältnis hierdurch beendet ist.

### **Frage 3: Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts für Oktober 2019**

N könnte ein Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts für Oktober 2019 aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag zustehen. Hierbei ist zwischen folgenden Zeiträumen zu differenzieren:

#### **1. Arbeitsentgelt für den 1. und 2. Oktober 2019**

N hat an diesen Tagen gearbeitet, so dass ein Vergütungsanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB besteht. Die Abgeltungsklausel im Aufhebungsvertrag erfasst Vergütungsansprüche für Oktober 2019 ausdrücklich nicht.

## 2. Arbeitsentgelt für den 3. Oktober 2019

Am 3. Oktober 2019 hat N feiertagsbedingt nicht gearbeitet. Dennoch kann er für diesen Tag Entgelt beanspruchen, § 2 Abs. 1 EFZG i.V.m. dem Arbeitsvertrag<sup>38</sup>.

## 3. Arbeitsentgelt für den 4. Oktober 2019

Am 4. Oktober 2019 ist N erst um 11 Uhr am Arbeitsplatz erschienen. Fraglich ist daher, ob ihm für die Zeit von 9.30 Uhr bis zu seiner tatsächlichen Arbeitsaufnahme um 11 Uhr ein Entgeltanspruch zusteht.

Nach ganz h.M. ist die Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung eine absolute Fixschuld.<sup>39</sup> Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitsleistung zum vereinbarten Zeitpunkt am vereinbarten Ort zu erbringen, weswegen eine ausgefallene Arbeitsleistung in der Regel nicht nachholbar ist. Die Erbringung der Arbeitsleistung des N ist somit durch Zeitablauf teilweise unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB), so dass sein Vergütungsanspruch gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB teilweise entfallen ist (ohne Arbeit kein Lohn).<sup>40</sup> Anhaltspunkte für das Eingreifen lohnerhaltender Vorschriften (§§ 615, 326 Abs. 2 BGB) für den Zeitraum von 9.30 bis 11 Uhr sind nicht ersichtlich.

Für die ab 11 Uhr erbrachte Arbeitsleistung ist N jedoch nach § 611a Abs. 2 BGB zu vergüten, da N ab diesem Zeitpunkt für A tätig war. Dass seine Arbeit nicht besonders erfolgreich war, ist unerheblich, da der Arbeitnehmer nur ein Tätigwerden und keinen Leistungserfolg schuldet.

**Hinweis: Eine andere Ansicht ist vertretbar, wenn darauf abgestellt wird, dass das Trödeln des N hier faktisch einer Nichterbringung der Arbeitsleistung gleichkommt<sup>41</sup>. Da im Sachverhalt nähere Angaben zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses fehlen, ist es ebenso vertretbar, für den 4. Oktober 2019 das vollständige Arbeitsentgelt zu gewähren und die Frage der Unmöglichkeit erst für die Zeit ab 5. Oktober 2019 anzusprechen.**

## 4. Arbeitsentgelt für den 5. bis 31. Oktober 2019

a) Im Zeitraum vom 5. bis 31. Oktober 2019 hat N keine Arbeitsleistung erbracht. Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist die Erbringung der Arbeitsleistung des N somit durch Zeitablauf unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB). Sein Vergütungsanspruch ist daher an sich gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB entfallen (ohne Arbeit kein Lohn).<sup>42</sup>

b) Etwas anderes könnte sich aus der lohnerhaltenden Norm des § 615 Satz 1 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift behält der Arbeitnehmer, dem die geschuldete Arbeitsleistung aufgrund ihres Fixschulddcharakters durch Zeitablauf unmöglich wird, seinen Vergütungsanspruch, wenn sich der Arbeitgeber bei Eintritt der Unmöglichkeit im Annahmeverzug befindet; nach heute überwiegender Auffassung erfasst § 615 BGB,

<sup>38</sup> Vgl. Junker, Rn. 263; Herresthal/Thume, Rn. F 57.

<sup>39</sup> Herresthal/Thume, Rn. F 26; Junker, Rn. 214.

<sup>40</sup> BeckOGK/Herresthal, BGB, Rn. 118; Erfurter Kommentar/Preis, § 615 Rn. 4; Herresthal/Thume, Rn. F 26, F 80.

<sup>41</sup> Vgl. hierzu Erfurter Kommentar/Preis, § 611a Rn. 683 f.

<sup>42</sup> Erfurter Kommentar/Preis, § 615 Rn. 4; Herresthal/Thume, Rn. F 26, F 80; Junker, Rn. 214.

wie insbesondere die Vorschrift des § 615 Satz 3 BGB zeigt, sowohl den Fall der "Annahmewilligkeit" als auch den Fall der "Annahmewmöglichkeit" des Arbeitgebers<sup>43</sup>.

***Hinweis: Das Verhältnis zwischen § 326 Abs. 2 BGB und § 615 BGB ist nicht abschließend geklärt und insoweit schwierig, als sich beide Normen mehrfach überschneiden. Für die Falllösung ist der einschlägige Streitstand<sup>44</sup> allerdings nicht entscheidend, da § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 und § 615 Satz 1 BGB letztlich zum selben Ergebnis führen. Deswegen ist es ausreichend, wenn das Verhältnis der beiden Vorschriften nur kurz angesprochen wird. Mit entsprechender Begründung wäre auch eine Verneinung der Anwendbarkeit von § 615 BGB vertretbar; in diesem Fall wären die Voraussetzungen des Annahmeverzugs über § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB zu prüfen.***

aa) Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. N hatte seine Arbeitsleistung am 5. Oktober 2019 tatsächlich angeboten, § 294 BGB. A hat die Arbeitsleistung des N aber nicht angenommen, vielmehr hat E den N "nach Hause geschickt" und diesem mitgeteilt, dass er bis 31. Oktober 2019 keine Beschäftigung für ihn habe. Dies ist dem A zuzurechnen, da er E ermächtigt hatte, das Direktionsrecht (§ 106 GewO) für ihn auszuüben.

Eines weiteren Angebots durch N für die folgenden Arbeitstage im Oktober 2019 bedurfte es nicht, da ein einmal begründeter Annahmeverzug so lange fort dauert, bis der Arbeitgeber bereit ist, die geschuldete Dienstleistung entgegenzunehmen.<sup>45</sup> Im Übrigen wäre ein weiteres Angebot des N nach § 296 BGB entbehrlich. Da A dem Arbeitnehmer an jedem Arbeitstag einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen und ihm Arbeit zuweisen muss, liegt eine kalendarisch bestimmte Mitwirkungshandlung i.S.v. § 296 BGB vor, die A - vertreten durch E - hier nicht rechtzeitig vorgenommen hat.<sup>46</sup>

bb) Annahmeverzug des A würde jedoch ausscheiden, wenn N ab dem 5. Oktober 2019 i.S.v. § 297 BGB außerstande war, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, wobei es unerheblich ist, ob das Unvermögen auf tatsächlichen oder rechtlichen Umständen beruht<sup>47</sup>.

An sich war N durchaus in der Lage, eine Arbeitsleistung zu erbringen. Dass A ihn nicht mehr einsetzen konnte, liegt auf den ersten Blick daran, dass er über keine anderen geeigneten Aufträge mehr verfügte. Diese Argumentation würde aber verkennen, dass A dem N durchaus einen Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt hat, aber diese einzige vorhandene Beschäftigungsmöglichkeit für N durch das von der M gerade wegen des Verhaltens des N ausgesprochene Hausverbot weggefallen ist. Dieses Hausverbot führte im Hinblick auf die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung (vgl. § 123 StGB) dazu, dass N rechtlich gehindert war, an die Arbeitsstelle im Großmarkt der M zu gelangen und dort die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Weil nach § 294 BGB die Leistung so angeboten werden muss, wie sie zu bewirken ist, also insbesondere

---

<sup>43</sup> Erfurter Kommentar/Preis, § 615 Rn. 7 m.w.N.; Junker, Rn. 272; so inzwischen auch die neuere Rechtsprechung, vgl. BAG, NZA 2012, 377; LAG München, Urt. v. 30.11.2011, 5 Sa 989/11.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu Erfurter Kommentar/Preis, § 615 Rn. 4 ff.; Herresthal/Thume, Rn. F 79 ff.; Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2019, § 615 Rn. 19 ff.

<sup>45</sup> Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, § 615 Rn. 123.

<sup>46</sup> Vgl. Herresthal/Thume, Arbeitsrecht, F Rn. 88.

<sup>47</sup> BAGE 157, 34; BAG, NZA 2016, 293.

am rechten Ort, liegt Unvermögen i.S.v. § 297 BGB auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer an sich arbeitsfähig ist, aber nicht an den Arbeitsplatz gelangen kann<sup>48</sup>.

***Hinweis: Alternativ wäre auch vertretbar, das Leistungsvermögen des N zwar zu bejahen, den Anspruch auf Annahmeverzugslohn aber über § 242 BGB (Rechtsmissbrauch) zu korrigieren.***

Voraussetzung wäre allerdings, dass N tatsächlich dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass er nicht mehr im Großmarkt der M eingesetzt werden kann. Der Ausspruch eines Hausverbots steht im Belieben des Eigentümers (§ 903 BGB). Daher ist es grundsätzlich dem Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers zuzurechnen, wenn er Belegschaftsmitglieder nicht beschäftigen kann, weil sich seine Kunden grundlos weigern, diese aufzunehmen<sup>49</sup>. Nichts anderes gilt im Hinblick auf die Kündigung des Werkvertrags durch die M. Bei einer - jederzeit möglichen - ordentlichen Kündigung wäre die M gemäß § 648 Satz 2 BGB grundsätzlich weiterhin zur Zahlung des vereinbarten Werklohns an A verpflichtet gewesen, was mittelbar ausschließen würde, dem N das Vergütungsrisiko für seine Nichtbeschäftigung aufzuerlegen. Dieses ließe sich dem N erst dann zuweisen, wenn die M zur außerordentlichen Kündigung des Werkvertrags (§ 648a BGB) berechtigt gewesen wäre. Wie oben zu Frage 1 ausgeführt, stellte die Beleidigung und Bedrohung des Filialleiters der M ein schwerwiegendes Fehlverhalten des N dar, das eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigte; daher sind auch der Ausspruch des Hausverbots sowie der außerordentlichen Kündigung des Werkvertrags durch die M bei wertender Betrachtung dem N zuzurechnen<sup>50</sup>.

***Hinweis: Die hier angestellten Überlegungen sollten widerspruchsfrei zu den Ausführungen zu Frage 1 passen. Wer dort der Ansicht war, dass das Verhalten des N nicht als besonders schwerwiegender Vertragsverstoß zu werten ist, wird ein Unvermögen des N zur Arbeitsleistung oder einen Rechtsmissbrauch ablehnen müssen. Insoweit kommt es aber nur auf den Verhaltensverstoß des N selbst an, nicht auf die oben auf der zweiten Stufe vorgenommene Interessenabwägung, da diese nur das Verhältnis von A und N betrifft.***

c) Die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit des N aufgrund des ihm erteilten Hausverbots kann nicht unter § 615 Satz 3 BGB subsumiert werden. Das dort normierte Betriebsrisiko realisiert sich, wenn der Ausfall der Arbeitsleistung aufgrund von im Risikobereich des Arbeitgebers liegenden betriebstechnischen Umständen beruht wie etwa dem Ausfall von Produktionsmitteln oder einem von außen auf den Betrieb einwirkenden Geschehen ("höhere Gewalt"), das die Beschäftigung der Belegschaft oder Teilen davon unmöglich macht<sup>51</sup>. Das Hausverbot stellt keinen solchen betriebstechnischen Umstand dar.

d) Fehlt es an den Voraussetzungen des Annahmeverzugs, weil - wie hier - ein Fall des § 297 BGB vorliegt, steht § 615 BGB der Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht entgegen<sup>52</sup>. Es ist somit zu prüfen ob A allein oder weit überwiegend für die aufgrund des Hausverbots eingetretene Unmöglichkeit der Arbeitsleistung des

---

<sup>48</sup> BAGE 157, 34.

<sup>49</sup> In diese Richtung BAGE 157, 34, juris-Rn. 24.

<sup>50</sup> Vgl. BAGE 157, 34, juris-Rn. 30; Junker, Rn. 291.

<sup>51</sup> BAGE 157, 34; BAG, NZA 2016, 293; Herresthal/Thume, Rn. 111; Junker, Rn. 291.

<sup>52</sup> BAGE 157, 34; BAG, NZA 2016, 293, juris-Rn. 26; Erfurter Kommentar/Preis, § 615 Rn. 5.

N verantwortlich ist. Dies wäre hier allenfalls dann der Fall, wenn A verpflichtet gewesen wäre, sich für die Rücknahme des Hausverbots einzusetzen.<sup>53</sup> Hier hat sich E in der Abwesenheit des A bei der M um eine Rücknahme des Hausverbots und Fortsetzung des Vertrags bemüht, was jedoch erfolglos war. Dies wirkt auch für A; Anhaltspunkte dafür, dass die M nur bei direkter Kontaktaufnahme durch A von ihrem Hausverbot abgewichen wäre, sind nicht ersichtlich. Im Übrigen war dem A der Einsatz für eine Rücknahme des Hausverbots angesichts der Schwere des Fehlverhaltens des N und der hieraus folgenden Berechtigung des Verbots bereits nicht zumutbar.

e) Somit steht N für den Zeitraum vom 5. bis 31. Oktober 2019 kein Vergütungsanspruch zu.

#### **Frage 4: Wirksamkeit der Kündigung der Wohnung**

##### **1. Kündigungsgrund**

Bei der Wohnung handelt es sich um eine Werkmietwohnung i.S.d. § 576 BGB. Wie sich aus der Überschrift ("Fristen ...") und dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, enthält § 576 BGB keine eigenständigen Kündigungsgründe; diese richten sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften über die Beendigung von Wohnraummietverhältnissen in §§ 568 ff. BGB.

***Hinweis: § 576 BGB dürfte den Bearbeitern nicht bekannt sein, ist indes durch einfache Gesetzeslektüre subsumierbar.***

Die ordentliche Kündigung des auf unbestimmte Zeit eingegangenen Mietverhältnisses setzt nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ein berechtigtes Interesse des A an dessen Beendigung voraus.

§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nicht erfüllt, da N nur seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, nicht aber die aus dem Mietverhältnis verletzt hat.

In Betracht kommt eine Kündigung wegen Eigenbedarfs gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Die Regelung spricht allerdings nur davon, dass der Vermieter die Räume für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt. Das ist hier nicht der Fall.

Allerdings sind die Nrn. 1 bis 3 nicht abschließend, wie sich aus § 573 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB ("*insbesondere*") ergibt. Ein berechtigtes Interesse des Vermieters kann sich insbesondere aus der Zweckbindung einer Werkmietwohnung ergeben; das zeigt auch ein Rückschluss aus § 576 BGB. Eine Werkmietwohnung kann daher bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekündigt werden, wenn es im betrieblichen Interesse liegt, dass die Wohnung einem anderen Mitarbeiter zur Verfügung gestellt werden kann<sup>54</sup>. Genauso liegen die Dinge hier. A hat die Wohnung nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekündigt und benötigt diese dringend für den Nachfolger des N.

---

<sup>53</sup> Vgl. BAGE 157, 34, juris-Rn. 37.

<sup>54</sup> BGH, NJW-RR 2007, 1460; NJW 2011, 993; BeckOK BGB/Hannappel, § 573 Rn. 105 ff.

## 2. Form der Kündigung

Die Kündigung wahrt die Schriftform der §§ 568 Abs. 1, 126 Abs. 1 BGB. Auch der Begründungspflicht des § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB ist entsprochen. § 568 Abs. 2 BGB statuiert lediglich eine Obliegenheit des Vermieters ("soll"), deren Nichtbeachtung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen würde<sup>55</sup>.

## 3. Kündigungsfrist

Allerdings muss A die maßgebliche Kündigungsfrist beachten. § 576 Abs. 1 BGB enthält insoweit eine Sonderregelung, welche die allgemeine Vorschrift des § 573c Abs. 1 Satz 2 BGB (Ende der Kündigungsfrist: 31. August 2020) modifiziert.

Nicht einschlägig ist § 576 Abs. 1 Nr. 2 BGB, da dieser nur funktionsgebundene Wohnungen (z.B. Hausmeisterwohnung) erfasst<sup>56</sup>.

Da das Mietverhältnis bei Zugang der Kündigung (25. November 2019) noch keine vollen 10 Jahre bestand, ist allerdings § 576 Abs. 1 Nr. 1 BGB anzuwenden. Die Kündigungsfrist läuft mithin bis zum 29. Februar 2020. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen setzt eine zu kurz bemessene Frist eine ausreichend bemessene in Gang.

## 4. Ergebnis

Die Kündigung der Wohnung ist wirksam, wirkt aber erst mit Ablauf des 29. Februar 2020.

---

<sup>55</sup> Palandt/Weidenkaff, § 568 Rn. 13.

<sup>56</sup> Vgl. Palandt/Weidenkaff, § 576 Rn. 7.